

BÖLGE İDARE MAHKEMESİ KARARIYLA ANAYASA'NIN "ZİMNEN İPTALİ"*

Kerem Altıparmak**
Onur Karahanoğulları***

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası zımnen iptal edilmiş bulunuyor. Bu zımnî iptali tesbit eden Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararı, Bölge İdare Mahkemesi kararları yayınlanmadığı için pek yankı uyandırmadı. Aşağıda bu karar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) Anayasa karşısındaki konumu sorunu bağlamında değerlendirilecektir.

I. Kararın Kurgusu

Gözlemlerimize, Bölge İdare Mahkemesi kararında, sorunun ve çözümün kurgulanmasını aktarmakla başlayalım.

1. Anayasa'nın 129. maddesinin III. fıkrasıyla uyarma ve kınama cezaları yargı denetimi dışında bırakılmıştır. " ... Sözleşmeye aykırı olarak yargı yolunu kapatan Anayasa hükmü ... (karar)."
2. Anayasa Mahkemesi, AİHS'nin 6. maddesini doğrudan doğruya Türk Hukuk düzeni içinde uygulamıştır.
3. AİHS'nin hükmü Türk hakimince üst hukuk normu olarak kabul edilmeli ve uyumsuzluk bu norma göre çözülmelidir.
 - a) Anayasa'nın "usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" hükmü nedeniyle, "AİHS hükümlerinin, Türk Hukukunda, kayıtsız şartsız, bağlayıcı üstün norm olarak kabulü gerekir."
 - b) Türkiye'nin AİHS'ye kişisel başvuru yolunu tanımış ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın (Divan) yargı yetkisini kabul etmiş olması, AİHS hükümlerinin Türk yargıçlarınca dava aşamasında uyumsuzluğun çözümünde bir hukuk normu olarak kullanılmasını gerektirir.
4. Uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakan Anayasa'nın 129. maddesinin III. fıkrası, adil yargılama hakkını düzenleyen AİHS'nin 6. maddesine aykırıdır.
5. Sözleşmeye aykırı olarak yargı yolunu kapatan Anayasa hükmü, sözleşme hükümleri karşısında, Türk hukukunda "zımnen iptal" edilmiştir.

Değerlendirmeye geçmeden önce kararın tamamını aktarmayı uygun görüyoruz.

"T.C. Ankara Bölge İdare Mahkemesi

Y.D. İtiraz No. 1995/2171

.....

* "Zimnen iptal" yanlış bir hukuki terim olmakla birlikte kararda kullanılmaktadır.

** AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Bilim Dalı Araştırma Görevlisi. (E-posta: altipar@politics.ankara.edu.tr)

*** AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi. (E-posta: karahan@politics.ankara.edu.tr)

Dava, davacının aynı eylemi nedeni ile uyarma ve kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemi ile açılmış olup, davalı idarece, uyarma cezasına itiraz aşamasında kaldırıldığı, ayrıca, Anayasa'nın 129, 657 sayılı yasanın 135 ve K. Personel Rejimine düzenleme getiren 399 sayılı KHK'nin 657 sayılı yasaya yollama yapan maddeleri nedeni ile, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna gidilemeyeceği ve davanın esasına girilmeden bu yönü ile reddi gerektiği savunulmaktadır.

Anayasanın 129 ncu maddesi 3 üncü bendi "uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz" hükmüne yer vermektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 135 nci maddesinde ise "disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı, itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabilir.

Aylıktan kesme kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir." denilmektedir.

Bakılan davada, davacıdan savunmasının istenmesi, dava konusu cezanın tayini, daha sonra itiraz prosedürünün işletilmesi ve itirazın incelenmesi tamamen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre yürütülmüştür. Esasen davacının atanması da 20 Eylül 1994 tarih ve 22057 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 76 ncı maddesine göre yapılmıştır.

Bu durumda, uyuşmazlığın esasına girmeden önce Türk Hukukunda, 657 sayılı yasa uyarınca verilmiş olan Uyarma ve Kınama Cezalarına karşı dava açılabilip açılmayacağı hususunun halli gerekmektedir.

6366 sayılı Kanunla Türkiye'nin de katıldığı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde "her şahıs, gerek, medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar, gerek, cezai sahada kendisine serdedilen bir isnadın esası hakkında kaar verecek olan kanuni müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir." denilmektedir.

Bu suretle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile "yargılanma hakkı" güvence altına alınarak "adil olarak yargılanma" hakkı açık bir hükümle düzenlenmiştir.

Esasen, 2709 sayılı Anayasanın 36 ncı maddesi de, herkesin davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu öngörmekte, ancak 129 ncu maddesi ile de bu hakkı sınırlamaktadır.

Türkiye, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini usulüne uygun olarak imzalamakla, anılan sözleşme hükümlerini de, bir hukuk normu olarak kabul etmiştir. T.C Anayasasının 90 ıncı maddesi son bendi ile, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı hükme bağlanmış olup, milletlerarası ikili anlaşmaların dahi, yasa hükmünde sayılması karşısında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hükümlerinin, Türk Hukukunda, kayıtsız ve şartsız, bağlayıcı üstün norm olarak kabulü gerekir. Esasen, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 25 nci maddesi ile, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine sunulacak bir dilekçe ile komisyona "kişisel başvuru" hakkı tanınmış olup, halen, ülkemizde de, tüm iç hukuk yollarının tamamlanmasından sonra, ilgisinin, İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna kişisel başvuru yolu ile dava açması mümkündür. Bu durumda, esas olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hükümlerinin Türk yargıçlarınca dava aşamasında gözönünde bulundurulması ve sözleşme hükümlerinin, uyuşmazlığın çözümünde bir hukuk normu olarak kullanılmasıdır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, yargısal denetimi, dava konusu uyuşmazlık çerçevesinde, iç hukuk işlemlerinin, sözleşme hukukuna uygunluğu denetimidir. Bu anlamda, sözleşme kurallarının ihlali, mahkeme önünde, iç hukuk kurallarıyla meşrulaştırılmaz. Başka bir deyişle, sözleşmeye aykırı, bir ülke mahkeme kararı, iç hukuka uygun olsa bile, sözleşme mahkemesi, iç hukukun (yasanın) sözleşmeyi ihlal ettiğine karar verebilecek ve iç hukukta yer alan mevzuat yokmuş gibi, sözleşme kurallarına göre karar verebilecektir. Uyuşmazlığın hallinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin Türk Yargıcınca, üst hukuk normu olarak kabul edilmesi ve.....

Türkiye, son kez, 28 Ocak 1987'de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na bireysel başvuruda bulunma hakkını tanıdıktan sonra, sözleşmenin uygulanmasında, en yüksek yargı organı olan

Divanın da zorunlu yargı yetkisini tanımakla, insan hakları alanında yargısal koruma mekanizmasını tamamlamıştır.

Doktrinde de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin, üstün hukuk normu olduğu kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu üyesi Prof.Dr. A. Şeref Gözübüyük'ün Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezinin 10 No'lu yayını olan kitabında "Avrupa Sözleşmesi Anayasa'ya aykırı bir hüküm taşısa dahi uygulanmaktan alıkonulamaz, mahkemeler önünde, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez. Anayasaya uygunluğu aranmadan uygulanması gereken sözleşmenin kendisinden önce, ya da sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın, sözleşme kurallarını değiştirildiği ileri sürülerek uygulanması saksaklanamaz. Özetle, sözleşme ile Anayasa'nın, ya da herhangi bir yasanın çatışması durumunda sözleşme uygulanır. Anayasa, andlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini belirtmek suretiyle iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsemiştir" denilmektedir.

Prof. Dr. A. Suat Bilge ise, Adalet Bakanlığı yayınları arasında yer alan kitabında "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, gerek, Anayasamızdaki ilkelerin varlığı, gerekse özel bir nitelikte Milletlerarası bir andlaşma olması, nedenleri, ile yasama yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlar. Sözleşmeye aykırı Türk Kanunları ve uygulamaları olamaz, sözleşme, bir Türk Kanunu gibi, hukuk düzenimizde doğrudan, doğruya uygulanır" demektedir.

Anayasa Mahkemesi de, Anayasa'ya aykırılık savlarını incelerken karar gerekçelerinde, sözleşmeye bir çok kez yer vermiştir. 1.7.1963 tarih, E:1963/207, K:1967/115 sayılı ve 27.1.1977 tarih, E:1976/43, K:1977/4 sayılı kararlarında hüküm verirken İnsan Hakları Sözleşmesinin 2 inci ve 6ncı maddelerini gözönüne almıştır.

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen 27.1.1977 tarihli kararında, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 6 ıncı maddesini, doğrudan doğruya Türk Hukuk Düzeni içinde uygulamıştır. Ayrıca, bu kararında, Sözleşmenin değiştirilemez bir Anayasa ilkesi olduğunu da vurgulamıştır. Bu nedenle, Sözleşmeye aykırı olarak yargı yolunu kapatan bir Anayasa hükmünün, Sözleşme hükümleri karşısında, Türk Hukukunda zımnen ptal edildiği ve Türk Yargıcınca Sözleşme hükümlerinin uygulanarak kınama cezalarına karşı açılan davaların incelenmesi gerektiği, Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçelerinde yer alan yorumundan da çıkmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle dava konusu uyarma cezasına karşı açılan davanın kabul edilerek, esastan incelenmesi gerektiği kanısına varılmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Maliye Bakanlığının, 17.4.1995 gün ve 20154 sayılı fax eki "Haydi Türkiye Mehmetçikle el ele kampanyası"na katılımın sağlanmasına ilişkin 1995/5 sayılı Başbakanlık Genelgesinin birimlere ulaştırılması ve 17.4.1995 tarih ve 20247 sayılı Bakanlık yazısı ile de, kampanya ile ilgili olarak personelden toplanacak paranın ertesi gün saat 10.00'a kadar, Başbakanlık genelgesinde söz edilen hesaplara aktarılmak üzere, T.C. Ziraat Bankası Maliye Bürosu nezdinde açılan 304001-406 nolu hesaba yatırılmasının, istenildiği, daha sonra da telefon talimatı ile sürenin saat olarak uzatıldığı ilgili birimlere duyurulduğu, Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürü olan davacının personelden toplanan paraları, belirlenen banka hesabına yatırmamak suretiyle, idarenin bütünlük anlayışına aykırı hareket ettiğinden bahisle 657 sayılı Yasanın 125/B-a maddesi uyarınca Kınama cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, anlaşılmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci maddesi /B.a fıkrasında "verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde, kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması bakımından kusurlu davranma" kınama cezası verilmesini gerektiren fiiller arasında sayılmıştır.

Bakılan davada, Ülke çapında başlatılan bir bağış kampanyası ile ilgili olarak verilen talimatın, bağışın ihtiyari olması ve kişilerin bu konuda zorlanamayacağı da dikkate alındığında, yukarıda hükmüne yer verilen 125 nci maddede sözü edilen "emir ve görev" olarak kabul edilmesine olanak yoktur. Kaldı ki, dava dilekçesine eklenen belgelerden ve disiplin soruturması nedeniyle alınan savunmasından, davacının "Haydi Türkiye Mehmetçikle el ele kampanyası" konusunda son derece duyarlı davrandığı ve gerekenleri titizlikle yerine getirdiği anlaşılmakta olup, disiplin suçu oluşturacak bir eyleminin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, bir kamu kuruluşunun genel müdürü ve yönetim kurulu başkanı olarak görev yapan davacının, disiplin suçu oluşturacak bir eylemi bulunmadan, disiplin yoluyla cezalandırılmasının açıkça hukuka aykırı olduğu gibi, ilgili için giderilmesi güç zarar doğuracağı da tartışmasızdır. Açıklanan nedenlerle; davacının itirazının kabul edilerek, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin E:1995/674 sayı ve 12.9.1995 günlü kararının kaldırılmasına ve 2577 sayılı yasanın 27 inci maddesi uyarınca dava konusu işlemin teminat alınmaksızın yürütülmesinin durdurulmasına, 24.10.1995 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

II. Karara İlişkin Gözlemler

A. Anayasa uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakmamıştır.

Bölge İdare Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın 129. maddesinin III. fıkrasıyla uyarma ve kınama cezaları yargı denetimi dışında bırakılmıştır (... sözleşmeye aykırı olarak yargı yolunu kapatan Anayasa hükmü ...).

129. maddenin III. fıkrasında "uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz" hükmü, tüm disiplin cezalarının yargı denetimine tabi olduğu ancak, bunlardan uyarma ve kınama cezalarının kanun larla ayırık tutulabileceği anlamına gelmektedir. Mahkeme kararında geçerli olan aksi anlayış benimsenirse, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargısal denetimi mümkün kılan yasalar anayasaya aykırı kabul edilecektir. Örneğin, ilgili yasada yükseköğretim personelinin disiplin işlerinin yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş, çıkarılan Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 47. maddesinde de "bu yönetmelikte yer alan disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir" hükmü yer almıştır. Eleştirdiğimiz yaklaşıma göre bu yönetmeliğin iptali gerekecektir.

Anayasa'nın 129. maddesindeki hükmü yanlış yorumlayan Bölge İdare Mahkemesi, olmayan bir sorunu çözmek için yola çıkmaktadır.

B. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İnsan Haklarına İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuktaki Norm Değeri

Bölge İdare Mahkemesi kararına göre, "Anayasa Mahkemesi (27.1.1977 tarih, E.1976/43, K.1977/4) kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesini, doğrudan doğruya Türk Hukuk Düzeni içinde uygulamıştır. Ayrıca, bu kararında, Sözleşmenin değiştirilemez bir Anayasa ilkesi olduğunu da vurgulamıştır. Bu nedenle, Sözleşmeye aykırı olarak yargı yolunu kapatan bir Anayasa hükmünün, Sözleşme hükümleri karşısında, Türk Hukukunda zımnen iptal edildiği ve Türk Yargıcınca Sözleşme hükümlerinin uygulanarak kınama cezalarına karşı açılan davaların incelenmesi gerektiği, Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçelerinde yer alan yorumundan da çıkmaktadır.(s.3)"

Bölge İdare Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin, Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapalı tutan 1961 Anayasası'nın 1488 sayılı Yasa ile değişik 114. maddesinin I. fıkrasını iptal ederken açıkça Sözleşmenin 6. maddesini uyguladığını belirtmektedir.¹ Karar gerekçesinde, Anayasa Mahkemesi'nin AIHS'yi anayasaüstü ya da en azından anayasa düzeyinde kabul ettiği ileri sürülmektedir.

Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası andlaşmalara bakış açısında bu kadar net sonuçlara ulaşmak pek kolay gözükmemektedir.

Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında, uluslararası andlaşmaların -insan haklarına ilişkin olsun olmasın- kanun hükmünde olduğunu ve bir kanunun anayasaya uygunluğu denetlenirken

¹ 27.1.1977, E. 1976/43, K. 1977/4, AYMKD, S. 15, s. 106

bir başka kanunun (ve uluslararası sözleşmenin) ölçü norm olarak kullanılabileceğini kabul etmiştir.²

Kimi kararlardaysa uluslararası belgelerin kanunlarla hiyerarşik ilişkisini tartışmamakla birlikte, uluslararası belgelerin bağımsız ölçü norm olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Örneğin, anayasada olmayan ve fakat uluslararası belgede yer alan bir kural kanunun anayasaya uygunluk denetiminde dikkate alınmayacaktır.³

Uluslararası belgeler bağımsız ölçü norm olarak kullanılsa da Anayasa Mahkemesi, yeni bir kararında "anayasaya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgeler"⁴ diyerek uluslararası belgelerin kavramların tanımlanmasında ve somutlaştırılmasında, kısaca **destek ölçü norm** oluşturulmasında kullanılacağını belirtmiştir.⁵

Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'da yer alan "insan haklarına saygılı (61 anayasası açısından dayalı)" ifadesinden doğrudan insan haklarını korumaya yönelik andlaşmaları anlayan kararları da bulunmaktadır. Bu kararların bizce önemli olan yönü Mahkemenin kurduğu insan hakları eşittir AİHS-İHEB denkleminin ilgili belgelerin anayasal norm olarak değerlendirilebilmesine olanak tanımasıdır. Özellikle anayasada konuya ilişkin bir hüküm bulunmadığı durumlarda bu yaklaşım önem kazanmaktadır. Suçsuzluk karinesini düzenleyen açık hükmün olmadığı 1961 Anayasası döneminde sonuca uluslararası andlaşmalara ve hukukun evrensel kurallarına başvurularak ulaşılmıştır.⁶ Bölge İdare Mahkemesince atıfta bulunulan kararda da insan hakları = AİHS formülü uygulanmış ve sadece 6. madde metni aynen aktarıldıktan sonra Yüksek Hakimler Kurulu'nun kararlarına karşı yargı denetimini engelleyen kuralın insan hakları ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Bu kararlarda, uluslararası andlaşma kuralları kanunların değerlendirilmesinde **bağımsız ölçü norm** olmaktadır.⁷

² "Davacının, maddenin bu fıkrasının, ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) ile yapılan ve Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konan 98 ve 111 sayılı sözleşmelerde öngörülen eşitlik ilkesine de aykırı düştüğü yönündeki savı, uluslararası andlaşmaların Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca yasa hükmünde sayılması, KHK'nin ya da yasanın sözleşmeye uygunluk denetiminin ise, anayasal denetim kapsamına girmemesi nedeniyle inceleme konusu dışında tutulmuştur." k.t. 22.12.1988, E. 1988/5, K. 1988/55, AYMKD S. 24, s. 465.

Aynı yönde bkz. k.t. 28.1.1988, E. 1987/12, K. 1988/3, AYMKD S. 24, s. 48.

³ k.t. 28.12.1967, E. 1967/10, K. 1967/49, AYMKD. S. 6, s. 86. Bu davada Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa (61 Anayasası) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (İHEB) 27/1 hükmünün benzeri şekilde bilim ve sanat hürriyetini düzenlemiş olmasına rağmen, 27/2'ye uygun olarak fikri ürünler üzerindeki haklara ilişkin bir düzenleme getirmediğinden kanunun bu açıdan denetlenmesi mümkün değildir.

⁴ k.t. 23.9.1996, E. 1996/15, K. 1996/34, RG. 27.12.1996-22860; Ayrıca, yürürlüğü durdurma kararı verebileceğine hükmettiği kararında Anayasa Mahkemesi şu düşüncüyü ortaya koymaktaydı: "Nitekim, Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerinin bir "ölçü norm" özelliği taşıdığını vurgulamıştır." k.t. 11.4.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-1, AYMKD S. 30, C.1, s. 186. Kararın ilerleyen bölümlerinde de adil yargılanma hakkındaki genel ilkelere ulaşmada AİHS ve İHEB'den yararlanılmaktadır. Mahkeme "ölçü norm"dan söz etmiş olmasına karşın, kararda uluslararası belgelerin kullanılma biçimine bakıldığında bunun, hem gerekçeyi destekleyen anlamında hem de, kanımızca daha doğru olarak, anayasada varolan normların anlamlarının belirlenmesinde başvuralan normlar anlamında "destek ölçü norm" olduğu anlaşılmaktadır.

⁵ Uluslararası belgelerin destek ölçü norm olarak kullanılmasına bir diğer örnek. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun 34. maddesinin Anayasa'nın 60 ve 65. maddeleri açısından incelemesi yapılırken uluslararası belgeler açısından da değerlendirme yapılmış sosyal güvenlik hakkının bu metinler açısından da temel insan hakkı olarak görüldüğü sonucuna ulaşılmıştır. k.t. 17.1.1991, E.1990/27, K.1991/2, AYMKD, S. 27, C. 1, s. 130.

⁶ k.t. 29.1.1980, E. 1979/38, K. 1980/11, AYMKD. S. 18, s. 87.

⁷ Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, Anayasa'ya göre yasa hükmünde olan uluslararası andlaşmaları Anayasa'da insan haklarına yapılan atfı esas alarak ölçü norm olarak kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin insan

Anayasa Mahkemesi bir kararında da eşitlik ilkesini uluslararası belgelerle tanımlamış ve esasen uluslararası belgeleri doğrudan uygulamıştır: "... Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu, Türk iç hukuku bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş 'Kadın, erkek eşitliği' ve 'karı ile kocanın eşit medeni haklara sahip oldukları' kuralına ve bu kurallarla uyum içinde olan Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır (abç)."⁸ Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi'ne göre kanun öncelikle uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş e şitlik kuralına aykırıdır.

Benzer biçimde, Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında, kanunun sadece anayasa karşında değerlendirilmesini yapmakla yetinmemekte kanunu andlaşmalar karşısında da değerlendirmekte ve bu metinlere aykırılığını da saptamaktadır. Örneğin, "...itiraz konusu kural, çocuğun kişiliğine bağlı temel haklarına engel oluşturarak Anayasaya ve bu konudaki uluslararası güvencelere aykırı düşmüştür"⁹ ifadesinden Anayasa Mahkemesi'nin sözleşmelere aykırılığı da saptadığı sonucuna ulaşmak mümkündür.¹⁰ Bu kararlarda, uluslararası belgeler, destek (ek) gerekçeler yaratabilmek için **bağımsız ölçü norm** olarak kullanılmıştır. Anayasa yanında bir de uluslararası belgelere aykırılığın saptanmasının tek makul açıklaması bu gözükmektedir.¹¹

Son olarak, Anayasa Mahkemesi, uluslararası hukuka doğrudan Anayasa tarafından atıf yapıldığı durumlarda andlaşmaları kararlarında kullanmaktadır.¹² Bu hallerde Anayasa açıkça uluslararası hukuka uygunluk şartı aramaktadır.

Görüldüğü gibi, Bölge İdare Mahkemesi'nin kararında belirttiğinin aksine, Anayasa Mahkemesi'nin, uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki norm değeri konusunda müstakar bir içtihadı bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, insan haklarına ilişkin uluslararası belgelere diğer gerekçelerin sonuca ulaşma açısından yeterli olup olmamasına göre farklı norm değeri atfetmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının gerekçelerini oluştururken gerekli özeni göstermediği hatırlanırsa, kararlardan tutarlı sonuçlara varmak zor olacaktır.

C. AİHS'nin Türk Hukukunda Norm Değeri

Bölge İdare Mahkemesi'nin kararına göre, Anayasa'nın "usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" hükmü nedeniyle, "AİHS hükümlerinin, Türk Hukukunda, kayıtsız şartsız, bağlayıcı üstün norm olarak kabulü gerekir."

Bölge İdare Mahkemesi'ne göre, Türkiye'nin AİHS'ye kişisel başvuru yolunu tanımış ve Divanın yargı yetkisini kabul etmiş olması, AİHS hükümlerinin Türk yargıçlarınca dava aşamasında uyuşmazlığın çözümünde bir hukuk normu olarak kullanılmasını gerektirir.

haklarını yeterli somutlukta tanımlayan bir yasayı da aynı yöntemle yasaların yargısal denetiminde ölçü norm olarak kullanabilip kullanamayacağı sorulabilir.

⁸ k.t. 29.11.1990, E. 1990/30, K. 1990/31, AYMKD. S. 27, C. 1, s. 48.

⁹ k.t. 28.2.1991, E. 1990/15, K. 1991/15, AYMKD. S. 27, C. 1, s. 161.

¹⁰ Aynı şekilde anayasaya uygun olan bir kanunun uluslararası andlaşmalara uygun olduğu da ayrıca saptanmıştır: "... 3491 sayılı Yasanın itiraz konusu hükümlerinin Türkiye Devletinin de katıldığı sözü edilen Milletlerarası sözleşmelere ve Anayasa'nın 49. ve 11. maddeleri hükümlerine uygun düştüğü kuşkusuzdur (abç)." k.t. 5.4.1977, E. 1977/1, K. 1977/20, AYMKD S. 15, s. 253.

¹¹ Burada, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasadan hareketle uluslararası belgeleri uyguladığı ileri sürülebilirse de, Anayasadan yola çıkarak bir kanunu kanunla denetlemek ihtimalinin imkansızlığı karşısında bu görüşün yetersiz bir tez olduğu görülür.

¹² Anayasa'nın 15. ve 16. madde açısından: k.t. 10.1.1991, E. 1990/25, K. 1991/1, AYMKD S. 27, C. 1, s. 65; k.t. 3.7.1991, E. 1991/6, K. 1991/20, AYMKD. S. 27, C. 1, s. 275.

1. Bireysel Başvuru Hakkını Tanımanın AİHS'nin Türk Hukukundaki Norm Değerine Etkisi

Uluslararası hukuka egemen olan ilkelerden biri uluslararası sözleşmelerin iç hukuka üstün olduğudur. Daimi Uluslararası Adalet Divanı (DUAD), bir sözleşmeye taraf olan iki ülkenin ilişkilerinin düzenlenmesinde iç hukuk kurallarının sözleşme kurallarından üstün sayılamayacağını belirtmiştir.¹³ DUAD'a göre, anayasalar da uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler den kurtulmak için gerekçe sayılamayacaktır.¹⁴ 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesi de hiçbir tarafın bir sözleşmeyi yerine getirmeme gerekçesi olarak iç hukukunu gösteremeyeceğini açıkça belirtmektedir.

Bu karar ve kurallar, AİHS'nin iç hukuktaki norm değerinin tartışıldığı kaynaklarda, uluslararası sözleşmelerin iç hukukta yasalar ve hatta anayasa üstü değer taşıdığının kanıtı olarak aktarılmaktadır. Ancak, sözkonusu olan, uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin, iç hukuk gerekçe gösterilerek ihlal edilememesidir. Uluslararası hukukun yükümlülükler bakımından iç hukuka üstünlüğü anlatılmaktadır. Bu ilkeden sözleşmelerin iç hukuktaki norm değerine ilişkin sonuç çıkarabilmek mümkün değildir. Uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü, uluslararası alanda uygulanabilmesi açısından bir yükümlülük olup, bu yükümlülük uluslararası hukuk bakımından bir anlam ifade eder. Uluslararası yükümlülükler getiren sözleşmelerin iç hukukta üstün kurallar olarak uygulanmalarına ilişkin bir ilke bulunmamaktadır.

Aynı özellik AİHS için de geçerlidir. Bireysel başvuru hakkı ve zorunlu yargı yetkisi kabul edilsin veya edilmesin taraf devletler iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirme ödevi altındadırlar. Sözleşmenin iç hukuklarda etkin hale getirilmesi bir zorunluluktur. Bu amaca nasıl ulaşılabileceği konusunda bir açıklık yoktur. Bu anlamda olmak üzere Sözleşme'nin diğer uluslararası sözleşmelerden bir farkı bulunmamaktadır. Sözleşme hükümleriyle iç hukuk kurallarının nasıl uyumlu hale getirileceği tamamen sözleşmeye taraf olan ülkelerin inhisarına bırakılmıştır.¹⁵ Ülkelerin anayasal sistemi bu gerekliliği bu veya şu şekilde yerine getirebilir. AİHS yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin hukuki biçimleri çeşitli olabilir. Yasaların değiştirilmesi, idari uygulamaların sözleşme ilkeleriyle uyumlu hale getirilmesi, mahkeme içtihatlarıyla sözleşmeye aykırı uygulamaların düzeltilmesi gibi. Divan bu hukuki biçimler arasında fark olmadığı, Sözleşmeyi uygulamak bakımından mahkeme kararıyla yasanın aynı etkide olabileceği görüşündedir.¹⁶

Divan, çeşitli kararlarında devletlerin sözleşmeyi iç hukuk kuralı yapmak gibi bir ödevleri olmadığını belirtmiştir.¹⁷ Ancak, devletlerin böyle bir yükümlülüğü olmaması AİHS'nin uluslararası hukuk açısından iç hukuka üstün bir norm olmasına engel olmamaktadır. Örneğin iç hukukunda AİHS'yi kurallaştırmamış olan İngiltere ve İskandinav ülkeleri açısından uluslararası yükümlülük ortadan kalkmamaktadır.

¹³ "Yunanistan ile Bulgaristan Arasında Karşılıklı Göçe Saygıya İlişkin Sözleşme" hakkında verdiği tavsiye görüşü. PJC, ser. B, no. 17, 32. Bkz. Drzemczewski Z. Andrew, **European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study**, Clerendon Press, 1985, s. 21.

¹⁴ 4.2.1932 tarihli tavsiye kararı, PJC, ser. A/B, no. 44, 24. Drzemczewski, a.g.e, s. 21.

¹⁵ Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi niteliği ve uygulanma sistemi açısından ayrıcalık gösterdiğinden bu konuyu aşağıda incelemeyi uygun görüyoruz.

¹⁶ Gérard Cohen-Jonathan, "La Place de la CEDH dans l'ordre juridique français", **Le Droit Français et la Convention Européenne des Droits de l'Homme 1974-1992**, Ed.Frédéric Sudre, Strasbourg, N.P. Engel, 1994, s.13

¹⁷ James and Others kararı, 21.2.1986, Seri A. 98, § 84; Lithgow and Others kararı, 8.7.1986, Seri A. 102, § 205; Observer and Guardian kararı, 26.11.1991, Seri A. 216, § 76.

2. Anayasa Açısından AİHS'nin Türk Hukukundaki Norm Değeri

Andlaşmaların norm değerini saptamak için, anayasayı esas almak gerekmektedir. Norm değerini saptamak için, andlaşmanın kendisine atfettiği özellikleri ve niteliklerini esas almak çelişik bir yaklaşımdır. Temel kurucu norm olan anayasa, kendisine dayanması gereken diğer normların da değerini belirlemiştir. Bu nedenle andlaşmaların norm değeri ele alınırken anayasanın öngördüğü sistem esas alınmalıdır.

Andlaşmaların iç hukukta norm değerini Anayasa'nın 90. maddesinin IV. fıkrası düzenlemektedir.

Bu konuda dört olasılık değerlendirilebilir.¹⁸

Andlaşmalar, yasalarla eşit norm düzeyindedir. Anayasa'nın 90. maddesinde, açıkça belirtilmiştir; Andlaşmalar yasalarla eşit norm düzeyindedir.

Andlaşmalar, yasaların üstünde bir norm düzeyindedir. Anayasa'nın andlaşmalara karşı anayasa yargısı yolunu kapatan hükmü gözönüne alındığında andlaşmaların, yasaların üstünde bir norm düzeyinde olduğu sonucuna varılmaktadır. Norm niteliği sorunu ile, yargı denetimi arasında doğrudan bir ilişki yoktur. Normun niteliği sadece görevli yargı yerinin belirlenmesinde bir ölçüttür. Yargı yolunun açık ya da kapalı olmasından normun niteliğine ilişkin bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Yargı yolu kapatılan bir düzenleyici işlemin yasa niteliği kazanması mümkün müdür? Ya da bir örnekle konuyu açmak gerekirse; Olağanüstü Hal KHK'ları kanunlardan üstün kurallardır mıdır?

Ayrıca, andlaşmalara karşı yargı yoluna gidilememesi, bunların Anayasa'ya aykırı da olsa uygulanması sonucunu doğurmaz. Yargı denetimi kısıtlamalarına karşı geliştirilmiş olan, "anayasaya uygun yorum" ve "ihmal" gibi yöntemlerin anayasaya aykırı olan andlaşmaların denetiminde de uygulanması ve aykırılığın giderilmesi mümkündür.

Andlaşmalar normlar kademelenmesinde yasaların üstünde yer almaktaysa andlaşma ile yasa arasında "çelişki" değil "aykırılık" sorunları başlayacak, andlaşmalara aykırı yasalar iptal edilecektir. Örneğin, bir vergi yasası, çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin bir andlaşmaya veya bir yasa İslam ülkeleri arasında sigorta ... vs. andlaşmasına aykırılıktan iptal edilebilecektir.

Andlaşmalar anayasayla eşit norm düzeyindedir. 1982 Anayasası'nın uluslararası hukuka yollama yapan 15., 16., 42. ve 92. maddeleriyle sınırlı olmak üzere andlaşmaların anayasal değerde olduğu kabul edilmektedir. Temel hakların durdurulması, yabancıların durumu, eğitim hakkı ve savaş hali ilanı konularında, yasama ve yürütme işlevi kullanılırken andlaşmalarla oluşan uluslararası hukuka uygun davranılmalıdır.

İlk üç madde dolayısıyla insan hakları normları devreye girmektedir. Akıllıoğlu'na göre, "Anayasa'daki bağlantı noktaları (m.15, 16 ve 42) sınırlı ve sadece öngörüldüğü hususlara ilişkin olsa bile Anayasa'nın eksenini oluşturan 'insan haklarına saygı' ilkesi sadece AİHS'nin değil fakat bütün uluslararası insan hakları normlarının anayasal değerde sayılmasını zorunlu kılar."¹⁹

Yasaların, Anayasa'nın 15., 16., 42. ve 92. maddeleri bağlamında, andlaşmalara uygun olması zorunluluğu, Anayasa'nın yaptığı atıf dolayısıyla ortaya çıkar. Atıf belli normlara değil norm kaynağına yapılmıştır. Andlaşmaların anayasayla eşit norm düzeyinde olduğunun kabulü, normlar arasında çatışma kurallarının uygulanabileceğinin ve anayasanın andlaşmalarla değiştirilebileceğinin

¹⁸ Bu konuda öğretilde süregelen tartışmalara çalışmanın boyutlarını aştığı için yer vermiyoruz.

¹⁹ Tekin Akıllıoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, C. 1, S. 2-3, s. 41

kabulü sonucunu doğuracaktır. Hükümetin imzaladığı ve bir yasayla onaylanması uygun bulunan ve hatta yasaya da gerek göstermeyen andlaşmalarla Anayasa değiştirilebilecektir.

Andlaşmalar anayasanın üstünde bir norm düzeyindedir. Andlaşmaların anayasanın üstünde norm değerinde olduğu sadece insan hakları andlaşmaları bağlamında savunulmaktadır.

Avrupa Konseyi üyesi ülkelerden hiçbirinde ne genel olarak sözleşmelerin ne de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin anayasalardan üstün olduğunu düzenleyen bir hüküm bulunmaktadır. Bunun yanında örneğin Avusturya'da, AİHS hükümleri resmen anayasa düzeyinde kabul edilmiştir.²⁰ Ancak bu çözümün dahi anayasanın diğer hükümleri ile AİHS hükümlerinin çatışması halinde hangisinin uygulanacağı konusunda tereddütleri ortadan kaldırmadığı açıktır.²¹

D. Uyarma ve kınama cezaları, AİHS'nin doğru yargılama hakkını düzenleyen 6. maddesi kapsamında yer alır mı?

Bölge İdare Mahkemesi kararında 6366 sayılı Kanunla Türkiye'nin de katıldığı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi'nin 6. maddesine atıfta bulunulmuş ve adil yargılanma hakkının açıkça düzenlendiği belirtilmiştir. Ancak kararda birkaç önemli noktanın gözden kaçtığı görülmektedir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki; doğru yargılanma hakkının uluslararası bir sözleşmede düzenlenmiş olması demek onun doğru yargılanmaya ilişkin tüm güvenceleri de içerdiği anlamına gelmemektedir. Nitekim, dava konusu olayda söz konusu olan mahkemeye başvurma hakkı (*access to court*) sözleşmenin 6. maddesinde açıkça düzenlenmemiş bir haktır. Bu hakkın doğru yargılama ilkesinin özünde olduğu Divan'ın içtihadı ile saptanmıştır. Bölge İdare Mahkemesi, hak arama hürriyetini 6.madde kapsamında değerlendirirken dolaylı yoldan Divan kararlarının iç hukuktaki otoritesini de kabul etmektedir.

Öte yandan kararda hiç tartışılmadan kabul edilen diğer önemli bir nokta, AİHS'nin 6.maddesindeki güvencelerin uyarma ve kınama cezalarına da istisnasız uygulanacağı konusudur. Sözleşmenin 6. maddesinin birinci paragrafı "her şahıs, gerek, medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar, gerek, cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında ..." diyerek bu maddenin uygulama alanını belirlemiştir. Buna göre 6. maddenin uygulanabilmesi için bir medeni hak veya ödevle ilişkin bir uyuşmazlığın ya da cezai alanda kişiye yöneltilmiş bir suçlamanın bulunması gereklidir.²² Uyarma ve kınama cezalarının bu kategorilerden birine girip girmediği, 6. maddenin uygulanıp uygulanamayacağının saptanması açısından öneme sahiptir.

6. maddenin uygulama alanı önemli tartışmalara konu olmuştur. Biz konuyu sadece uyarma ve kınama cezalarıyla sınırlamayı uygun görüyoruz.²³

²⁰ Bu konuda bkz. Nowak M., "The Implementation of the ECHR in Austria", **The Implementation in National Law of the ECHR**, Proceedings of the Fourth Copenhagen Conference on Human Rights, 1989, s. 32 vd.

²¹ Bernhardt R., "The Convention and Domestic Law", **The European System for the Protection of Human Rights**, (ed.) Macdonald, Matscher, Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 27. Nitekim, pratikte bu yönde bir sorun çıkmıştır. Aynı yerde 5 nolu dipnot.

²² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AmeİHS) göre daha yeni tarihli olan ve doğru yargılama ilkesine ilişkin daha geniş güvenceler getiren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi medeni hak ve ödev yanında iş hukuku, mali hukuk ve diğer tüm uyuşmazlıklarda maddenin uygulanacağını belirterek bu kısıtlamayı aşmıştır. AmeİHS metni için bkz. **Human Rights in International Law**, Council of Europe Press, 1995, s. 293-326

²³ 6.maddenin uygulama alanı için bakınız Kerem Altıparmak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin Uygulama Alanı", **AÜSBFD**, c.53, S.1'de yayımlanacak olan yazı.

Divan ilk olarak *Ringeisen* kararında²⁴ "mevzuatın olayı nasıl değerlendirdiğinin (medeni, ticaret, idare hukuku vs.) ve olayda yetkilendirilen organın (mahkeme, idari organ, vs.) önemi yoktur" diye rek dolaylı olarak benimsediği "otonom" medeni hak ve ödev anlayışını, *König* kararı ile birlikte net bir şekilde ortaya koymuş ve "...bunun aksine bir çözümün sözleşmenin konusu ve amacıyla bağdaşmayacak sonuçlar doğurabileceğini" belirtmiştir²⁵. Kısacası bir hakkın medeni olup olmadığı, yargılayan mahkeme veya kuruma, davanın taraflarına vs. bağlı olmaksızın doğrudan hakkın niteliğine göre saptanacaktır.²⁶

Divan, medeni hak ve ödev kavramının özel hukukla aynı anlama gelip gelmediğini ya da özel hukuk dışında bir hakkı kapsayıp kapsamadığı sorusunu açık tutmakla birlikte²⁷ birçok kararında özel (*private*) ve medeni (*civil*) sözcüklerini aynı anlamda kullanarak²⁸ medeni haktan anladığının özel hukuktan kaynaklanan haklar olduğunu ortaya koymuştur.²⁹ Bir başka deyişle özel hukuk karakteri taşımayan uyuşmazlıklarda 6/1'e aykırılıktan söz etmek mümkün gözükmemektedir.

Bu nedenle asıl sorun kamu hukuku niteliğinde görülebilecek haklar ve ödevler için ortaya çıkmaktadır. Ceza usulü dışındaki kamu hukuku uyuşmazlıklarının 6/1'deki güvencelerden hangi durumlarda yararlanabileceği Sözleşme içtihatında önemli bir yer tutmaktadır. Kural olarak, kamu hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda 6/1 güvenceleri özel hukuk özelliklerinin kamu hukuku özelliklerine ağır bastığı olaylarda uygulanabilecektir.³⁰

Personel hukukuna ilişkin içtihat ışığında kınama ve uyarma cezalarından dolayı kişilerin medeni haklarının etkilenip etkilenmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Divana göre, devlet memurluğuna girişi, kariyeri ve memurluğun sona ermesini düzenleyen kurallar 6. madde anlamında medeni hak veya ödev değildir.³¹ Ancak memurlara ilişkin sorunlar, doğrudan parasal sonuçlar doğuran uyuşmazlıklarsa 6. maddenin kapsamına girebilecektir. Ancak bu parasal sonuçlu işlemlerde idarenin takdir yetkisinin bulunmaması gerekmemektedir. Örneğin emekliliğe ilişkin olarak kanunun gerektirdiği şartları gerçekleştiren kişi açısından idarenin takdir yetkisi söz konusu değildir ve bu nedenle emeklilik maaşının alt kademededen verilmesinden kaynaklanan uyuşmazlık 6. madde kapsamında değerlendirilmektedir.³² Bir başka ifadeyle bu davanın konusunu davacının üst

²⁴ Ringeisen kararı, 23.6.1973, Seri. A. 13, s. 39, § 94. Aynı yönde, Sramek kararı, 22.10.1984, Seri. A. 84, s. 17, § 34; Helmers kararı, 29.10.1991, Seri. A. 212-A, s. 14, § 29-30.

²⁵ König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27, s. 29-30, § 88. Ayrıca bkz., Benthem kararı, 23.10.1985, Seri A. 97, s. 16.

²⁶ Harris, "Recent Cases on Pre-Trial Detention and Delay in Criminal Proceedings in the European Court of Human Rights", 44 **British Yearbook of International Law** (1970), s. 161.

²⁷ König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27, s. 32; Le Compte, Van Leuven and De Meyere kararı, Seri A. 43, s. 22. Aslında medeni hakların özel haklar anlamına gelmediği ifadesi ile ne demek istendiği tam açık değildir. Bu ifadeden, en azından Sözleşmede yer alan kamu haklarının medeni hak kapsamında değerlendirildiği sonucuna ulaşılabilir. Divan bu ifadesini geri almamakla birlikte Le Compte, Van Leuven and De Meyere kararından beri tekrar tartışmamıştır. Harris D.J, O'Boyle M, Warbrick C, a.g.e, s. 175

²⁸ a.g.k., s. 31-32, para 22; Ettl and Others kararı, 23.4.1987, Seri A. 117, s. 16; Erkner and Hofauer kararı, 23.4.1987, Seri A. 117, s. 60; Poiss kararı, 23.4.1987, Seri A. 117, s. 102.

²⁹ P. Van Dijk, G.J.H. Van Hoof, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Kluwer Publishers, Netherlands, 1990, s. 295-296.

³⁰ Feldbrugge kararı, 29.5.1986, Seri A. 99, § 40.

³¹ Glasenapp and Kosiek kararı, 28.8.1986, Seri A. 104, § 49 ve Seri A. 105, § 35; Spurio, Galla, Zilagha, Leghi, Viero, Orlandini, Ryllo, Soldani, Fusca, Di Luca, Saluzi Pizzi, Scrafo, Argento kararları, 2.9.1997. Kararların tümünde Avrupa Konseyi ülkelerin çoğunda devlet memuru ile özel hukuka göre çalışan işçiler açısından açık farklar olduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle memurların işe giriş, kariyer ve işe son verilmesine ilişkin uyuşmazlıkları 6. maddenin dışında olacağı belirtilmiştir.

³² Örneğin Divan "memurların işe alınması, çalıştırılması ve emekliye ayrılımlarını genel kural olarak 6. maddenin dışında" görmekle birlikte, memurun kanuna dayanarak elde ettiği emekli maaşı hakkını medeni bir

kademeden emekliliğe hak kazanıp kazanmadığı değil, kazanılan hakkın devlet tarafından ödenmesi oluşturmaktadır.

İtalya'ya karşı yapılan son başvurularda Divan ekonomik hak kavramını emekli olmayan memurlar açısından da genişleterek, alması gerekenden az maaş alan bir kişinin maaşının artırılması talebini medeni hak talebi olarak değerlendirmiştir.³³ Aynı şekilde maaşında kesinti yapılan kişi açısından da medeni hakkın söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmıştır.³⁴ *Nicodemo* olayında ise idare bir kamu görevlisini geçici işten sürekli işe almış ancak bu kararı uygulamakta gecikmiştir. Bu gecikmeden kaynaklanan maaş kaybı Divan'a göre medeni hak kapsamındadır. Her ne kadar davacı kararın uygulanmasını talep ederken, gecikmeden dolayı zararını ve maaş farkını istemekte ve bu nedenle ekonomik yönü olan bir karar söz konusu ise de bu kararın Divan içtihadında önemli bir değişiklik olduğu açıktır.³⁵

Öte yandan *Spurio* kararında başvuru 1973-1976 yılları arasında uzman hemşire olarak çalıştığını ve maaşının buna uygun olarak ödenmesi gerektiğini ileri sürmüş, idare tarafından reddedilen talep üzerine konu idari yargının önüne gelmiştir. Divana göre bu olayda söz konusu olan başvurunun kariyeridir (uzman hemşire olup olmadığı) ve bu da bir medeni hak değildir.³⁶ Bu davalarda ileri sürülen maaş farkları ise ancak idarenin hukuka aykırı davrandığının saptanması sonrasında elde edilebilecektir, yani davanın ana konusu değildir. Konumuz açısından daha önemli bir örneği *Gallo* kararı göstermektedir. Başvurucuya verilen disiplin cezası sonucunda maaşında azalma gerçekleşmesine rağmen Divan'a göre bu olayda yargıdan istenen disiplin cezasının denetlenmesidir ki, bu da memurun kariyerine ilişkin bir unsurdur.³⁷

Görüldüğü üzere, memur hukukunu ilgilendiren bir uyuşmazlığın 6. madde kapsamına girebilmesi için konusunun doğrudan parasal nitelikli olması gerekmektedir. Mali sonuçlar doğursa bile davanın esas konusunu memuriyete giriş, kariyer ve memuriyetten çıkarma oluşturuyorsa 6. maddenin uyuşması mümkün olmayacaktır. Uyarı ve kınama cezalarında cezanın mali yönünün hiç bulunmaması karşısında, 6. madde anlamında medeni hak olarak değerlendirilmesi imkansız gözükmektedir. Kaldı ki, disiplin cezalarında mali sonuçlar bulunsun bile (örneğin maaş kesintisi) Divan'a göre kamu hukuku yönü ağır basması nedeniyle bu davaların Strasbourg organları önünde ihlalle sonuçlanması mümkün olmayacaktır.

hak olarak değerlendirmiştir. Divana göre bu halde devlet takdir hakkını kullanmamaktadır ve bu açıdan özel hukuk tarafından düzenlenen bir iş sözleşmesindeki işverene benzetilebilir. Bkz. Lombardo kararı, Seri A. 249-B; Scuderi kararı, Seri A. 265-A; Multi kararı, Seri A. 281-C. Kişi kamu otoritesi altında ve fakat özel iş sözleşmesi ile çalışıyorsa zaten şüphesiz 6. madde uygulanacaktır. Grotrian, a.g.e, s. 18.

Neigel/ Fransa kararında (17.3.1997, § 43), sonucu doğrudan kamu görevlisini işe alınması, çalışma düzeni ve işten çıkarılması olan davalarla, bir kere bunlardan biri gerçekleştikten sonra doğan mali uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalar arasındaki fark vurgulanmıştır. Örneğin emekliliğe hak kazanmış bir kişinin bu emeklilik maaşını talep etmesi 'medeni hak' olarak kabul edilecektir. Diğer kararlar için bkz. Massa kararı, 4.8.1993, Seri A. 265-B, s. 20, § 26; Lombardo kararı, 26.11.1992, Seri A. 249-B.

³³ De Santa kararı, 2.9.1997, § 19-23. Ekonomik hak ayırımına ilişkin olarak aynı tarihli Lapalorcia kararı, § 20-21.

Toplam 16 ayrı başvuruyu içeren bu davalarda Divanın ortaya koyduğu kriterlerin gerçekten 6. maddeye uygun ve ekonomik haklara ilişkin yapılan ayırımın tutarlı olup olmadığı tartışılabilir. Birbirine çok benzeyen dört olayda 6. maddenin uygulanacağına karar verilirken onikisinde aksi yönde karar çıkmıştır. Kabul edilen kararlarda Yargıç Bernhardt'ın, reddedilen kararlarda Yargıç Pekkanen'in karşıoyları bu açıdan ilgi çekicidir.

³⁴ Abenavoli kararı, 2.9.1997, § 15-16

³⁵ Nicodemo kararı, 2.9.1997, § 16-18.

³⁶ Spurio kararı, 2.9.1997, § 16-19. Benzer karar, Zilaghe, 2.9.1997, § 16-20; Laghi, 2.9.1997, § 14-18; Viero, 2.9.1997, § 13-17; Soldani, 2.9.1997, § 15-19; Di Luca and Saluzzi, 2.9.1997, § 15-19.

³⁷ Gallo kararı, 2.9.1997, § 15-20.

Disiplin cezalarının 6. madde kapsamına girebilmesinin ikinci yolu, cezai alanda serdedilen bir isnad olması ihtimalidir. Bir uygulamanın cezai alanda serdedilen isnad tanımına dahil olabilmesi ancak ceza hukuku anlamında bir suçlamanın ve cezalandırmanın mevcut olmasına bağlıdır. Böyle olmakla birlikte, bir yaptırımın ceza hukuku anlamında bir ceza olup olmadığı ülkelerin iç hukuklarındaki sınıflandırmaya göre değil Divan'ın içtihatları ile oluşturduğu *otonom* cezai isnad kavramına göre belirlenecektir. Ceza kavramının sınırlarının çizilmesinde kullanılan ölçütler medeni hak ve ödev kavramında kullanılanlara nisbeten daha açıktır. Bu kriterler Divan tarafından *Engel* kararında oluşturulmuş, daha sonra izleyen kararlarda geliştirilmiş ve daha belirgin hale gelmiştir. Bu nedenle Engel kriteri de denebilecek³⁸ ölçüte göre isnadın cezai alanda ileri sürülüp sürülmediği üç aşamada belirlenmektedir: i. İç hukuktaki sınıflandırma ii. Suçun niteliği iii. Verilebilecek cezanın doğası ve ağırlığı.

Devletler istedikleri konuyu ceza hukuku içinde düzenleme hakkına sahiptirler. Bir davranışın ceza hukuku kavramı altında düzenlenmiş olması, diğer kriterlere başvurmak gereksizdir, *ipso facto* bu davranışa ilişkin isnadlarda 6. maddenin tüm güvencelerinin işlemesi sonucunu doğuracaktır. Bu , otonom ceza kavramının tek yönlü olmasının doğal sonucudur.

Bununla birlikte eğer bir davranış iç hukukta disiplin hukukunun düzenleme alanı içine giriyorsa, Divan'a göre bu düzenleme inceleme açısından sadece bir başlangıç noktası oluşturur. İç hukukta cezai alanda görülmeyen davranışlar için diğer iki ölçütü incelemek gerekecektir.

Suçun niteliği ölçütü, özellikle suç ve cezaların toplumun tamamına mı yoksa belli özellikleri taşıyan kesimine mi yönelik olduğunu saptamaya yarayacaktır. Engel kararında açık olarak belirtilmesi de cezanın tüm topluma mı yoksa belli bir gruba mı yönelik olduğu kriterinden hareket edilmiştir.³⁹ *Weber* davasında, soruşturmanın gizliliğini ihlal eden bir kişinin duruşma yapılmaksızın cezalandırılması üzerine yapılan başvuruda Divan şu değerlendirmeyi yapmıştır: "Disiplin yaptırımları genellikle belli bir grubun hareketlerini düzenleyen kurallara uyulmasını sağlamak için düzenlenmiştir..."⁴⁰

Eggs olayında, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) toplumun tümüne yönelik olma ayrımını saptarken sadece ihlal edilen kuralın ordu mensuplarına yönelik olmasını yeterli görmemiş, aynı zamanda bu kuralların silahlı kuvvetlerin işleyişine ilişkin olduğunu da belirtmiştir. Bir başka deyişle başvuru konusu kurallar, normalde ceza hukuku tarafından korunan kamunun genel yararını ilgilendirmemektedir.⁴¹

Bir mesleğe özgü kuralların ihlali, ikinci ölçüt açısından disiplin hukukunun konusunu oluşturmaktadır. *Engel* kararında ordu mensupları için söz konusu olan durum diğer meslek grupları için de geçerli olacaktır. Bir avukata verilen uyarı cezası⁴² ya da bir eczacıya ilaçların fiyatlandırılması ile ilgili kurallara uymamak gibi gayri ahlaki hareketleri nedeniyle verilen para

38 Kidd C.JF., "Disciplinary Proceedings and The Right to a Fair Trial under European Convention on Human Rights", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 36, Oct 1987, s. 858-860.

Engel kararı, 23.11.1976, Seri A. 22, s. 34, § 81. Ayrıca bkz. gümrük suçları ile ilgili, Funke kararı, 25.2.1993, Seri A. 256-A.

³⁹ Her ne kadar, kuralın belli nitelikte insanlara uygulanması idari nitelikte bir kural olduğu konusunda fikir vermekten de, üçüncü kriter incelendiğinde görüleceği üzere kimi hallerde bu düzenlemelerin yaptırımları çok ağır olabilir, bu durumda yine cezai alanda serdedilen bir isnaddan bahsetmek mümkündür.

⁴⁰ Weber kararı, 22.5.1990, Seri A. 177, s. 18, § 33.

⁴¹ Başvuru no. 7341/76, Eggs/İsviçre, DR 15, s. 65; Başvuru no. 9208/80, Saravia de Carvalbo/Portekiz, DR 26, s. 268.

⁴² Başvuru no. 8249/78, DR 20, s. 40

cezası⁴³ bunun örneğidir.⁴⁴ Bununla birlikte, mesleğin icrasındaki kusurlardan kaynaklanacak suçlara verilecek cezaların niteliği (3. ölçüt), suçu adli suç haline getirebilir.⁴⁵

Üçüncü ölçüt, verilen cezanın yapısı itibarı ile ceza hukukuna uygun bir ceza olup olmadığını belirlemeye yöneliktir. Bu anlamda olmak üzere, hürriyeti bağlayıcı cezaların yanında para cezası gibi başka önlemler de ağırlıklarına göre şikayetin 6. madde kapsamında görülmesi sonucunu doğurabilir. Uyarma ve kınama cezalarının ağırlıkları itibarıyla cezai alanda kabul edilip edilemeyeceği konusunda belirtmek gerekir ki; Komisyon öteden beri en ağır disiplin cezalarını bile 6. maddenin kapsamı dışında görmektedir.⁴⁶ Örneğin kamu sektöründe bir daha çalışmamak üzere işe son verilmesi⁴⁷, emeklilik haklarının tamamıyla elinden alınması⁴⁸ cezai alanda kabul edilmemiştir.

Açıklamalardan da anlaşılacağı gibi uyarma ve kınama cezalarının 6. madde anlamında cezai isnad olarak görülmesi tamamen imkansız gözükmektedir. AİHS açısından bu sorunun aşılabilmesi için 6. maddeye ek bir protokolle idari yargıyı ilgilendiren tüm sorunların da madde kapsamına dahil edilmesi yönünde bir çalışma yapılmaktadır. Ancak bu gelişme de şu anda 6. maddenin personel hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları içermediğini doğrulamaktadır.

Bu durumda Bölge İdare Mahkemesi, 6. madde hükmünü yanlış yorumlayarak maddeye olduğundan geniş bir anlam vermiştir. Mahkemenin maddeyi yorumlamakta özgür olduğu ileri sürülebilir. Ancak karardaki diğer argümanlarla birlikte değerlendirildiğinde amacın bu olmadığı ortaya çıkacaktır. Kararın gerekçelerinden biri, uyarma ve kınama cezalarının Türkiye'de incelenmemesi halinde AİHS organları önünde Türkiye'nin mahkum olacağıdır, oysa yukarıda açıklanan nedenlerle bu gerekçe doğru değildir. Ayrıca AİHS'ye üstün norm değeri atfedilmesinin nedeni Sözleşme'nin uluslararası hukuktaki değeridir. 6. maddenin uluslararası alandaki yorumu ise Anayasa ile çelişmemektedir. Durum böyle iken, 6. maddeyi daha da genişletmek, AİHS'yi değil Bölge İdare Mahkemesi kararını Anayasanın üstüne çıkarmak anlamına gelecektir.

E. Uyarma ve Kınama Cezalarına İlişkin Yargı Yolu ve Devlet Memurları Kanunu ve Anayasa Ekranının Kaldırılması, İhmal Yoluyla Sözleşmenin Uygulanması

İptal, "bir işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetleyen yargı organının işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık saptaması halinde, işlemin geri yürür biçimde ortadan kalkmasını sağlayan ve kesin hüküm olabilen bir yargı işlemidir."⁴⁹

İptal, "zımnen"gerçekleşmez; iradi bir yargılama süreci sonunda ortaya çıkan açık bir karardır. Bölge İdare Mahkemesi kararında "zımnen iptal" sözcükleriyle kastedilen "zımnen ilga"dır.

⁴³ Başvuru no. 10059/82, DR 43, s. 5. Bir öğretmene greve gitmesi nedeniyle verilen para cezası da disiplin hukuku kapsamında görülmüştür. Başvuru no. 10365/83, S/FAC, DR 39, s. 237.

⁴⁴ Aynı durumun kural olarak idari bazı şartların varlığına göre verilmiş bir ruhsatın iptalinde de geçerli olacağını kabul edebiliriz. Ruhsatın verilmesine neden olan şartlar ortadan kalkmışsa bu ruhsat iptal edilebilir ve bu yaptırım da adli bir ceza sayılmaz. Tre Traktörer Aktiebolag/İsveç kararı, Seri A. 159. İçki satış yetkisinin iptali.

⁴⁵ Bkz. Deweer kararında bir kasabın fiyat düzenleme kurallarına uymaması nedeniyle hakkında yürütülen usul. 27.2.1980, Seri A. 35.

⁴⁶ Başvuru no. 13877/88, DR. 65, s. 279.

⁴⁷ Başvuru no. 1931/63, Coll. 15, s. 8, Yearbook 7, s. 213; Başvuru no. 7431/76, DR. 5, s. 134; Başvuru no. 8469/79, DR. 21, s. 168.

⁴⁸ Başvuru no. 16417/90, DR. 67, s. 307.

⁴⁹ Yıldırım Uler, **İptal Kararlarının Sonuçları**, AÜHFY, Ankara, 1970, s.4

Zımni ilga, yasaların yürürlüğüne ilişkin bir kavramdır. Önceki ve sonraki kanun hükümleri arasında bir çatışmanın olduğu ve kanun koyucunun sonraki kanun metninde, ilga ile ilgili bir kural koymadığı durumlarda söz konusudur. Zımni ilga, ilke olarak, eşit düzey normlar arasındaki çelişki-çatışma durumunda, normlardan birinin diğer normla zımnen yürürlükten kaldırılığını kabul ederek çatışmanın çözülmesini ifade eder. Ayrıca zımnen ilganın varolduğunu kabul edebilmek için ilga eden kuralın sonradan çıkarılmış olması gerekir, oysa 1954'te Resmi Gazete'de yayımlanmış olan AİHS 1982 tarihli Anayasa'dan 28 yıl önce yürürlüğe girmiştir. Sonradan yürürlüğe girmekle bireysel başvuruyu tanımak kastediliyorsa bu durumda da bir Bakanlar Kurulu kararı⁵⁰ Anayasa'nın üstünde bir değere sahip olacaktır.

Bölge İdare Mahkemesi, AİHS'ye anayasa üstü değer tanımıştır. Üst norm (AİHS m.6) ile alt norm (Anayasa m.129/III) arasında çelişki değil aykırılık ilişkisi söz konusu olur. Aykırılığın nihai olarak giderilmesi, iptal kararıyla mümkündür. Türk hukuk sisteminde Anayasa Mahkemesi'ne Anayasanın üst hukuk normlarına uygun olup olmadığını denetleme yetkisi tanınmamıştır. Bölge İdare Mahkemesi'nin böyle bir yetkisi ise hiç yoktur.

Doğru sorunlarla yola çıkıldığında, hukuk sisteminin bütünlüğünü bozmadan, tutarlı çözümlere varmak en azından bu tip çözümler aramak daha kolay olacaktır. Yukarıda belirtildiği gibi, **uyarma ve kınama cezaları, AİHS m. 6 kapsamında değerlendirilemez. Ancak, tartışmanın geliştirilebilmesi için bu bölümde tersi varsayılacaktır.**

İnsan haklarına ilişkin andlaşmaların iç hukuktaki norm değeri diğer andlaşmalardan bağımsız olarak ele alınmalıdır.⁵¹ Anayasa Mahkemesi, tüm andlaşmalar için olmasa da insan haklarına ilişkin andlaşmaları (genel olarak uluslararası belgeler) kimi kararlarında, yasaların anayasaya aykırılığının denetlenmesinde, anayasa kurallarını somutlaştırmak için destek ölçü norm olarak kullanmaktadır. Anayasadaki insan haklarına ilişkin düzenlemeleri somutlaştırmak (genişletmek) için, uluslararası andlaşmalara başvurulması, aslında iç hukuktaki yasalara başvurmak anlamına gelmektedir. Bu durumda insan haklarına ilişkin "andlaşma-yasalar", Anayasadaki kuralların (bünyelerine) anlamlarına dahil olarak diğer yasaların üstünde bir konum kazanmaktadır. Bu yorum insan hakları konularının *jus cogens* olma niteliğiyle (en azından eğilimiyle) de uyumludur.⁵²

Mahkemeye başvuru hakkını da içerdiğini kabul ettiğimiz AİHS madde 6'nın bu yorumla, Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesinin bünyesine dahil olduğunu kabul etmek mümkündür. AİHS 6. madde hükmü ve bu hükme ilişkin Divan kararları, "herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" hükmünü genişletmekte ve somutlaştırmakta kullanılabilir.

Ancak, bu yapıya bizzat Anayasa'da bazı sınırlamalar getirilmiştir. Kimi konularda, mahkeme önünde hak arama yolunun kapalı olduğu kimi konularda da hak arama yolunun kapatılabileceği düzenlenmiştir. Anayasa'da hiç düzenlenmemiş bir hakkın Sözleşme yoluyla Anayasa'ya dahil edilmesi başka, Anayasa'nın açıkça sınırladığı bir hakkı tanımak başka nitelikte iki hukuki problemdir. Bizce 1982 Anayasası'na göre ikinci durumda uluslararası andlaşmanın Anayasa'daki açık sınırlandırmayı ortadan kaldırması mümkün değildir.

Anayasa bünyesine dahil olan AİHS hükümleriyle, bu sınırlamaların aşılması zordur. Hak arama yollarının anayasada açıkça kapatıldığı durumlarda bu engelin aşılabilmesi anayasa değişikliği gerektirir. AİHS koruma mekanizmalarında, ülkenin, bu anayasa hükümleri nedeni ile mahkum olması

⁵⁰ 22 Ocak 1987 tarih ve 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu kararı. Bkz. 21 Nisan 1987 tarih ve 19438 sayılı Resmi Gazete'de Dışişleri Bakanlığı Tebliği.

⁵¹ Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları I**, AÜSBF İHM Yayınları, 1995, s.69

⁵² Akıllıoğlu'na göre, insan hakları andlaşmaları iç hukukta yasa değerinde olsa da, "üstün kuralların bulundukları kaynak değeri ne olursa olsun, üstünlüklerini yitirmedikleri genel hukuk gerçeğidir", **a.g.e.**, s.31

farklı bir sonuç yaratmaz. Anayasa değişikliğine gitmeden, AİHS'yi esas alarak, sorunun çözümü için, şimdilik hukukumuzda geçerli olmayan iki varsayımın varlığı gereklidir: AİHS'nin açıkça Anayasa'nın üstünde kabul edilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa hükümlerini AİHS karşısında denetleme yetkisinin bulunması.

Anayasa'nın yasayla, hak arama yolunun kapatılmasına izin verdiği ve yasanın da hak arama yolunu kapattığı durumlara gelince. Bu durumda da yasal engelin aşılmasında yetki yine yasama organındadır. Yasama, anayasaya uygun fakat, AİHS sistemiyle çelişen yasa hükmünü yürürlükten kaldırmalıdır.

Yasanın, anayasa atlanarak AİHS'ye göre değerlendirilmesi ve iptal edilmesi çözümü de mümkün değildir; zira, AİHS anayasanın üstünde yer almaz. AİHS'nin Anayasa'nın üstünde olduğu kabul edilse bile, merkezi anayasa yargısı dışında diğer mahkemelerin bu yola başvurma imkanı yoktur.

Yasanın ve anayasanın atlanarak doğrudan AİHS'nin uygulanması olasılığı da tartışılabilir. AİHS anayasa üstünde yer almaz; AİHS m.6, Anayasa m.36'nın bünyesine dahil olmuştur. Bu durumda, kısıtlama getiren yasa yerine Anayasa m.36'nın doğrudan uygulanması düşünülebilir. Ancak, sınırlama getirilmesine olanak tanıyan 129/II atlanarak AİHS m.6 ile tanımlanan 36.maddenin uygulanması mümkün değildir. Çünkü, Anayasa hükümleri arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur.

Bütün bunların ötesinde yasa ekranının kaldırılması yönteminin Türk hukukunda uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı, sonradan denetim yapan merkezi bir anayasa yargısının ve somut norm denetimi bulunan bir hukuk sisteminde, Amerikan denetim sistemini çağrıştıran, yasa ekranının kaldırılması teorisinin dayanaklarının var olup olmadığı tartışılmalıdır. Bazı yazarlarca "yasa perdesinin (ekranının) kaldırılması" kuramının Fransa'dan mülhem olarak Türkiye'de uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Fransa'nın, *a priori* anayasa denetimini kabul ettiği ve andlaşmaların kanunlardan üstün olduğunun Anayasa'da açıkça kurala bağlandığı (Fransız Anayasası m. 55) gözönünde tutulduğunda, bizce Türk hukukunda yasa (anayasa) ekranının kaldırılması hipotezinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Anayasaya veya anayasa yollaması ile sözleşmeye aykırılığı ileri sürülen bir kanunun yürürlükten kaldırılmasının tek yolu iptaldir.

Sonuç

İdarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olması ilkesi şüphesiz hukuk devletinin vazgeçilmez unsurudur. Bölge İdare Mahkemesi, Türk hukukunda yer alan bir yargı denetimi kısıtlanmasını aşmaya çalışmıştır. Ancak bunu aşmak için kullandığı yöntemin hukuksal sistemle uyumlu olduğunu söylemek zordur. Kanımızca, yargı denetimi kısıtlanmasının aşılmasında Bölge İdare Mahkemesi'ne düşen görev, Anayasa'yla çelişen yasayı Anayasa Mahkemesi'ne göndermek olmalıydı.

Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan Devlet Memurları Kanunu hükümleri Anayasaya aykırıdır. Buna göre maddenin "zımnen iptali" değil, Anayasa Mahkemesi tarafından iptali gerekir. Şöyle ki;

DMK Anayasa'nın 129/III hükmüne dayanarak hak arama yolunu kapatmıştır. İlk bakışta DMC ile Anayasanın bu hükmü arasında bir çelişki bulunmamaktadır. Oysa, 129/III bir sınırlandırma değil bir güvence hükmüdür. Buna göre, sadece uyarma ve kınama cezaları yargı denetimi dışında bırakılabilir. Yani maddenin amacı uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapamak değil, diğer tüm disiplin cezaları açısından yargı güvencesi sağlamaktır.

Uyarma ve kınama cezaları açısından da kural yargı yolunun açık olması istisna ise sınırlamadır. Anayasanın 129/III hükmünün getirdiği sınırlama, örneğin, Yüksek Askeri Şura kararlarına yargı

yolunu kapatan 125/II'de olduğu gibi mutlak bir sınırlandırma değildir. 129/III hükmünün yasama organına tanıdığı sınırlama yetkisi, belli ilkelere uygun olarak kullanılabilir.

1982 Anayasası'na göre gerek genel sınırlandırma nedeni (m. 13), gerekse özel sınırlandırma nedenleri belirli şartların gerçekleşmesi halinde uygulanabilir. Bunun yanında 1982 Anayasası'nın insan hakları sistematüğını tamamlayan AİHS, ölçölülük ilkesini getirmiştir.

DMK'nın getirdiğı türden genel bir sınırlandırmayı doğru kılacak ne hukuki ne de fiili bir durum söz konusudur, yani sınırlandırma nedenleri oluşmamıştır. Öte yandan amaç ne olursa olsun DMK kapsamındaki tüm uyarma ve kınama cezalarına sürekli (ve koşulsuz) olarak yargı yolunu kapamanın ölçölülük ilkesi ile bağdaştığını savunmak da mümkün değildir. Nihayet bir kısım kamu görevlisine (KİT personeli, üniversite personeli) yargı yolunu açık tutarken diğerlerine kapamanın eşitlik ilkesini ihlal etmemesi için bu farklılığın ikinci grubun özel durumundan kaynaklanması gerekir ki, olayımızda böyle bir durum da söz konusu değildir.

Bizce kararda tartışılması gereken Anayasanın AİHS'ye uygunluğu değil, DMK'nın "Sözleşmeye uygun yorumlanan" Anayasanın 2, 10, 13, 125 ve 129. maddelerine uygun olup olmadığı sorunu olmalıydı.